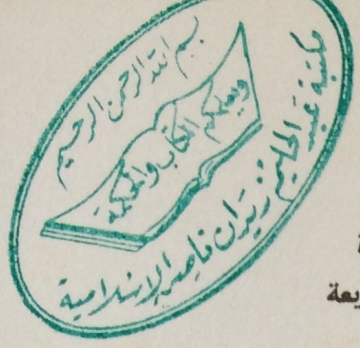
وحيد الدين سوار

التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي



وحيد الدين سوار

دكتور فى الحقوق من جامعة القاهرة
حامل الشهادة العالية من كلية الشريعة
فى الجامع الأزهر
استاذ القانون المدني فى كلية الحقوق
بجامعة دمشق

التعبير عن الإرادة
فى
الفقه الإسلامى

دراسة مقارنة بالفقه الغربى

الطبعة الثانية

الشركة الوطنية للنشر والتوزيع
الجزائر
1979

فهرست

الباب التمهيدى

الفصل الأول

النزعة الموضوعية فى الفقه الاسلامى

صفحه

(١) خطـــــة البحث 1

المبحث الأول : النزعة الموضوعية فى طبيعة الالتزام

(٢) طبيعة الالتزام فى الفقه الغربى (٣) نتائج المذهب الموضوعى (٥) طبيعـــة الالتزام فى الفقه الاسلامى (٦) انتقال الالتزام من ناحيتيه الايجابية والسلبية مسألة خلافية (٧) تعليل الدكتور السنهورى لانتفاء حوالة الدين فى الفقه الاســـلامى (٨) تقدير هـــذا التعليـل (٩) تحليل الالتزام بالدين الى عنصرين : الدين والمطالبة (١٠) امكان عدم وجـــود ملتزم له معين عنـد نشوء الالتزام 11

المبحث الثانى : النزعة الموضوعية فى التصرف القانونى

(١١) خطة البحث (١٢) تعريف العقد (١٣)عيوب الارادة (١٤) عدم نيابة قبض ضعيف عن قبض قوى (١٥) التعبير عن الارادة 17

المبحث الثالث : النزعة الموضوعية فى الواقعة القانونية

الفرع الأول : النزعة الموضوعية فى نظرية الفعل الضار

(١٧) ركن التعدى (١٩) معايير التعسف (٢٠) رابطة السببية (٢١) تقـــدير التعويض (٢٢) الضرر الادبى (٢٣) تقويم المنافع (٢٤) الشروع فى الفعل الضار (٢٥) مســـئولية عـــــديم التمييز 23

الفرع الثانى : النزعة الموضوعية فى نظرية الفعل النافع

(٢٦) البـــانى والغارس فى أرض الغير 24

الفصل الثانى

أثر النزعة الموضوعية فى الفقه الاسلامى على التقنين المدنى السورى

(٢٧) مدى هذا الاثر (٢٨) ملاحظة الدكتور الشيتى (٢٩) تقـــديرها 27

صفحه

القسم الأول

دور التعبير عن الإرادة فى تكوين التصرف القانونى

تمهيد

التصرف القانونى والواقعة القانونية فى الفقه الإسلامى

(٣١) مصدرا الحق فى الفقه الغربى هما التصرف القانونى والواقعة القانونية (٣٢) تقسيم التصرفات الى قولية وفعلية فى الفقه الاسلامى (٣٣) الرأى القائل بالمطابقة بين التصرف الفعلى والواقعة القانونية ، نقد هذا الرأى (٣٤) الرأى القائل بالمطابقة بين التصرف الفعلى والفعل الضار ، نقد هذا الرأى (٣٦) التصرف الفعلى يقابل الفعل النافع والفعل الضار 36

الباب الأول

التعبير الملقى والتعبير المتلقى

الفصل الأول

إظهار الإرادة

المبحث الأول : ضرورة الإظهار

(٣٩) اجماع الفقهاء على ضرورة الاظهار (٤٠) الدليل النقلى (٤١) لزوم الاظهار 40

المبحث الثانى : الأساس الذى يقوم عليه الإظهار

(٤٢) فائدة هذا البحث (٤٤) التفسير عنصر اثبات (٤٦) الاعتراض على هذا التفسير (٥٢) الاظهار عنصر تمليه العلائق الشرعية بين الآدميين (٥٣) التفسير الاصولى (٥٤) الحكمة (٥٥) المظنة (٥٦) هل الحكمة فى عقد البيع هى سد الحاجة أم التراضى ؟ (٦١) الحكم فى اصطلاح الاصوليين (٦٢) الحكم فى اصطلاح الفقهاء (٦٦) الحكمة بمعنى التراضى حكمها ثبوت الملك (٦٧) الحكمة بمعنى سد الحاجة حكمها الاباحة (٦٨) خفاء الرضا وخفاء الاثر يستلزمان الاظهار (٧٢) تقدير التفسير الاصولى 61

المبحث الثالث : إنشائية الإظهار

(٧٣) للاظهار قيمة خاصة (٧٤) دور الاظهار الانشائى (٧٥) خصائص الانشاء (٧٦) الاظهار اخبار وانشاء (٧٧) انشائية الاظهار انشائية ظاهرية (٧٨) أثر الانشاء فى توليد الحكم (٧٩) قياس العلة الشرعية على العلة العقلية : الاثر ينقدح مع المظهر المادى (٨٠) تمييز العلة الشرعية عن العلة العقلية : الاثر ينقدح عقيب المظهر المادى 66

الفصل الثانى

إعلام الإرادة

المبحث الأول : الإيذان المقرر والإعلام المنشىء

(٨٢) مشكلة درجة اظهار التعبير (٨٣) الايذان المقرر (٨٤) الاعلام المنشىء (٨٥) تقسيم التعبيرات الى مستلزمة للاعلام وغير مستلزمة (٨٧) تسمية هذين النوعين من التعبيرات ب : التعبير الموجه والتعبير غير الموجه ، نقدها ، تسمية التعبير واجب التسلم والتعبير غير واجب التسلم ، نقدها ، تسميتنا المختارة : « التعبير الملقى والتعبير المتلقى » (٨٨) أعلام الارادة وايذان الواقعة 76

المبحث الثانى : عناصر الإعلام

الفرع الأول : الركن المعنوى فى الإعلام

(٩٣) ارادة الاعلام فى المذهب الحنفى (٩٤) كاف الخطاب تعبر عن ارادة الاعلام فى التعاقد بين الحاضرين (٩٥) حالات يجيز فيها الفقهاء تخلف ارادة الاعلام (٩٦) ارادة الاعلام فى المذهب الشافعى 87

الفرع الثانى : الركن المادى فى الإعلام

(٩٨) وسائل الاعلام 88

المبحث الثالث : الموجه إليه التعبير المتلقى

الفرع الأول : الموجه إليه التعبير والموجهة إليه الآثار الشرعية

(١٠١) التوجيه المادى والتوجيه اللامادى (١٠٣) الموجه اليه التعبير والموجهة اليه الآثار الشرعية يتلازمان (١٠٤) الموجه اليه التعبير النائب 92

الفرع الثانى : مؤيد تخلف الموجه إليه التعبير

(١٠٦) حالتان استثنائيتان : «١» تعيين الوكيل «٢» اذن العبد 93

الفرع الثالث : تعدد الموجه إليهم التعبير

(١٠٨) الاعلام العام 97

المبحث الرابع : وقت تمام التعبير المتلقى

الفرع الأول : مفهوم تمام التعبير

(١١٠) تمام التعبير وانتاجه أثره «١» تقدم انتاج الاثر على تمام التعبير «٢» تراخى انتاج الاثر عن تمام التعبير (١١١) تمام التعبير ولزومه (١١٢) لزوم التعبير وانتاجه أثره «١» تقدم اللزوم على انتاج الاثر «٢» تراخى اللزوم عن انتاج الاثر 102

صفحه

الفرع الثانى : وقت تمام التعبير المتلقى

(١١٤) تعاصر تمام التعبير المتلقى وانتاجه اثره (١١٥) تعاصر تمام التعبير المتلقى ولزومه 105

الفرع الثالث : العوارض التى تعترض التعبير قبل تمامه

(١١٧) الرجوع (١١٨) أثر الموت وفقد الاهلية فى التعبير المتلقى 109

الفرع الرابع : تكون العقد

المطلب الأول : متى يتم العقد فى التعاقد بين الحاضرين ؟

(١٢٠) المذهب الحنفى (١٢١) نظرية العلم (١٢٢) التعليل النقلى (١٢٣) التعليل الفنى
(١٢٤) نظرية الاعلان (١٢٥) التعليل النقلى (١٢٦) التعليل الفنى (١٢٧) المذهب الشافعى 117

المطلب الثانى : متى يتم العقد فى التعاقد بين غائبين ؟

(١٢٨) نظرية الاعلان (١٢٩) رأى الدكتور السنهورى (١٣٠) الاعتراض على هذا الرأى 120

الفرع الخامس : تكون العقود فى تقنينى الجمهورية العربية المتحدة

المطلب الأول : تكون العقود فى التقنين المدنى المصرى

(١٣٣) التعاقد بين حاضرين (١٣٤) التعاقد بين غائبين 126

المطلب الثانى : تكون العقود فى التقنين المدنى السورى

(١٣٦) التعاقد بين حاضرين (١٣٧) التعاقد بين غائبين 128

المطلب الثالث : نظرية « خيار الطريق »

النظرية المختارة فى تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بين الغائبين

§ ١ — الموازنة بين نظرية العلم ونظرية الإعلان

(١٣٩) مساوىء نظرية العلم (١٤٠) مساوىء نظرية الاعلان (١٤١) موقفنا من
نظريتى العلم والاعلان 132

§ ٢ — صياغة النظرية المختارة

(١٤٣) نطاقها (١٤٤) أحكامها (١٤٥) تأصيلها وتسميتها (١٤٦) خيار المجلس
(١٤٧) مبدأ العدالة (١٤٨) مزايا خيار الطريق فى ظل نظرية الاعلان (١٤٩) ميزة خيار
الطريق فى حق الموجب (١٥٠) ميزة خيار الطريق فى حق القابل (١٥١) مزايا نظرية الاعلان
المعدلة على نظرية العلم (١٥٢) المزية الاولى (١٥٣) المزية الثانية (١٥٥) تقنين من وضعنا 145

الصفحه

المبحث الخامس : هل الإعلام المنشىء هو القاعدة أم الاستثناء ؟

الفرع الأول : الإعلام المنشىء فى المذهب الحنفى

المطلب الأول : التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة

(١٥٨) التعبيرات المجمع عليها : التعبيرات المختلف فيها 147

المطلب الثانى : أساس الإعلام المنشىء

(١٦٠) تعليل انتفاء ضرورة الاعلام فى التعبيرات الملقاة (١٦١) تعليل ضرورة الاعلام فى التعبيرات المتلقاة (١٦٢) الحالات المختلف فيها (١٦٣) الفسخ بخيار الشرط (١٦٦) الوصاية (١٦٧) موقفنا من الآراء المتعارضة 161

المطلب الثالث : التعبيرات الضمنية والإعلام المنشىء

(١٦٩) الاعلام المنشىء فى العزل الضمنى للمضارب (١٧٠) الاعلام المنشىء فى العزل الضمنى للوكيل (١٧١) قياس الفسخ الضمنى على الفسخ الصريح (١٧٢) تسويغ عدم ضرورة الاعلام فى التعبيرات الضمنية 146

المطلب الرابع : الإعلام المنشىء والشكلية

(١٧٣) هل الاعلام المنشىء ضرب من الشكلية ؟ (١٧٤) الارادة الخاصة والاعلام المنشىء (١٧٥) التنازل عن الاعلام المنشىء (١٧٦) الاعلام الذى تتطلبه الارادة الخاصة 169

المطلب الخامس : هل الإعلام المنشىء هو القاعدة أم الاستثناء ؟

§ ١ — المعيار الطبيعى

(١٧٩) كل ما لا يحتاج للرضا لايحتاج للعلم (١٨٠) تقدير هذا المعيار (١٨١) مبنى الالزام على العلم (١٨٢) تقدير هذا المعيار (١٨٣) اعلام التعبير وصفته الاستحثاثية (١٨٤) تقدير هذا المعيار (١٨٥) تصرف الانسان فى خالص حقه لا يتوقف على علم الغير (١٨٦) تقدير هذا المعيار 176

§ ٢ — المعيار الشرعى

(١٨٨) الاعلام المنشىء هو الاصل (١٨٩) تقدير هذا الرأى (١٩٠) انتفاء ضرورة الاعلام هو الاصل 183

§ ٣ — العدالة والإعلام المنشىء

الفرع الثانى : الإعلام المنشىء لدى غير الأحناف

(١٩٣) الاعلام المنشىء فى المذهب الشافعى (١٩٦) الاعلام المنشىء فى المذهب الحنبلى (٢٠٠) الاعلام المنشىء لدى ابن حزم (٢٠١) الاعلام المنشىء فى الطلاق (٢٠٢) تقدير هذا الرأى (٢٠٣) الاعلام المنشىء فى الرجعة (٢٠٤) تقدير هذا الرأى 194

صفحه

الفرع الثالث : الإعلام المنشىء فى تقنينى الجمهورية العربية المتحدة

المطلب الأول : الإعلام المنشىء فى التقنين المدنى المصرى

(٢٠٦) الاعلام هو القاعدة فى التعبيرات التعاقدية (٢٠٧) هل الاعلام هـــو القاعدة ام الاستثناء فى التعبيرات غير التعاقدية (٢٠٨) تقدير المادة ٩١ ق.م.م 199

المطلب الثانى : الإعلام المنشىء فى التقنين المدنى السورى

(٢١٠) مسوغات اغفـــال المادة ٩١ ق.م.م (٢١١) مسوغات تعـــديل المادة ٩٧ ق.م.م (٢١٢) تقنين من وضعنا يشير الى تقسيم التعبـــيرات الى ملقاة ومتلقاة ويحل محـــل المـــــــــادة ٩١ ق.م.م 202

الباب الثانى

طرق التعبير عن الإرادة
(نظرية اللفظية)

الفصل الأول

التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ

المبحث الأول : الكتابة

(٢١٦) أنواع الكتابة (٢١٧) الكتابة فى العقود (٢١٨) التعاقد بين الحاضرين (٢١٩) التعاقد بين الغائبين (٢٢٠) الرأى المضيق (٢٢١) الاعتراض على الرأى المضيق (٢٢٢) الرأى الموسع (٢٢٣) خصوصيتا عقد النكاح بالكتابة (٢٢٤) الكتابة فى التصرفات الآحادية 213

المبحث الثانى : الإشارة

الفرع الأول : إشارة الأخرس

(٢٢٧) شرائط الاشارة (٢٢٨) مسوغات الاعتداد بالاشارة (٢٢٩) قيمة الاشارة بالنسبة للكتابة (٢٣٠) اشارة المصمت 219

الفرع الثانى : إشارة غير الأخرس

(٢٣٢) اشارة غير الاخرس فى المذهب المالكى (٢٣٣) اشارة غير الاخرس فى المـــذهب الحنفى (٢٣٤) مسوغات رفض الاشارة (٢٣٥) تقدير موقف الاحناف (٢٣٦) مدى اعتـــداد الاحناف بالاشارة (٢٣٧) تطوير الاعتداد بالاشارة (٢٣٨) العامل الفعال فى الاعتداد بالاشارة 239

المبحث الثالث : أى موقف يدل على الرضا

الفرع الأول : الأفعال

(٢٤٠) الفعل قد يكون صريحا وقـد يكون كناية 230

صفحه

الفرع الثانى : التعاطى

المطلب الأول : مفهوم التعاطى

(٢٤٢) معنيا التعاطى « أ » التعاطى بالمعنى الواسع «ب» التعاطى بالمعنى الضيق «ج» ثمرة التمييز بين معنيى التعاطى (٢٤٣) ركنا التعاطى « أ » الرضاء «ب» الاعطاء من جانب او من جانبين (٢٤٤) تمييز التعاطى عن الاوضاع المشابهة « أ »تمييز التعاطى عن التعاقد بدلالة الحال «ب» تمييز التعاطى عن العقد الذى يتم بتعبير ضمنى فى أحد شطريه
238 .. .. (٢٤٥) نطاق التعاطى

المطلب الثانى : التعاطى فى رأى الفقهاء

(٢٤٧) التعاطى فى المذهب الحنفى (٢٤٨) تطور الفقه الحنفى فى نظرته الى محل التعاطى (٢٤٩) تطوره فى نظرته الى شطرى التعاطى (٢٥١) الرأى المضيق (٢٥٢) آثار التعاطى (٢٥٣) الاثر الدينى (٢٥٤) الاثر القضائى (٢٥٥) أدلة نفاة التعاطى (٢٥٦) الادلة النقلية (٢٥٧) الادلة الفنية (٢٥٨) الاعتراض على الرأى المضيق (٢٥٩) الرد على الدليل النقلى (٢٦٠) الرد على الدليل الفنى (٢٦١) تفسير موقف نفاة التعاطى (٢٦٢) الرأى الموسع
261 .. .. (٢٦٣) تقدير أدلة الفريقين

الفرع الثالث : السكوت

(٢٦٤) السكوت المجرد والسكوت الملابس (٢٦٥) المبدأ : لا ينسب الى ساكت قول
265 .. .. (٢٦٦) الاستثناء : السكوت الملابس بيان

الفصل الثانى

التعبير عن الإرادة باللفظ

المبحث الأول : الموازنة بين المذاهب فى نظرتها إلى اللفظ

269 .. .. (٢٦٨) نقاط الافتراق (٢٦٩) نقاط الالتقاء

المبحث الثانى : تقدير نظرية اللفظية فى الفقه الإسلامى

(٢٧١) مدى نظرية اللفظية (٢٧٦) مسوغات ايثار اللفظ (٢٧٧) مزايا اللفظ (٢٧٨) الموازنة بين اللفظ والكتابة
276 .. ..

المبحث الثالث : نظرية اللفظية فى قانون الأحوال الشخصية السورى

278 (٢٧٩) اقتراح تعديل المادة ٧ من قانون الاحوال الشخصية السورى

الباب الثالث

نظرية الإرادة الظاهرة فى الفقه الإسلامى

تمهيد

§ ١ — مسألة المفاضلة بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة فى الفقة الغربى

(٢٨١) نظرية الارادة الباطنة (٢٨٢) نظرية الارادة الظاهرة (٢٨٣) تمييز ارادة التعبير

صفحه
عن ارادة الاثر (٢٨٤) التقريب بين النظريتين 282

§ ٢ — موقف تقنينى الجمهورية العربية المتحدة من النظريتين

(٢٨٥) موقف المشروع التمهيدى (٢٨٦) موقف التقنين الجديد (٢٨٧) المادة ٨٩ مصرى « ٩٢ سورى » (٢٨٨) المادة ٩١ مصرى (٢٨٩) المادة ٩٢ مصرى (٢٩٠) المواد ١٢٠ و ١٢٦ و ١٢٧ مصرى « ١٢١ و ١٢٧ و ١٢٨ سورى » يذهب رأى الى أن المشرع أخـــذ بالارادة الظاهرة فى المواد الخمس السابقة ويذهب رأى الى أن المشرع أخـــذ فيها جميعا بالارادة الباطنة ونرى أن المشرع أخذ بالارادة الظاهرة فى المواد الثلاث الاخيرة فحسب (٢٩١) فائدة بحث نظرية الارادة الظاهرة فى الفقه الاسلامى ، خطـــة البحث 291

الفصل الأول

صياغة نظرية الإرادة الظاهرة

(٢٩٢) قواعد العلة هى قواعد الصيغة 293

المبحث الأول : قاعدتا المظنة

(٢٩٤) المظنة هى بديل المئنة (٢٩٥) المظنة هى وحدها مناط الحكم (٢٩٦) حـــدود هاتين القاعدتين (٢٩٧) تطبيق قاعدتى المظنة على الصيغة التصرفية (٢٩٨) التعبير هو بديل الارادة وهو مناط الحكم (٢٩٩) التعبير هو دليل قطعى على وجـــود الارادة 297

المبحث الثانى : مسوغات الاعتداد بالمظنة

(٣٠٢) خفاء الحكمة واضطرابها (٣٠٣) استقرار التعامل (٣٠٤) اطـــراد الاحكام (٣٠٥) مسوغات ايثار الارادة الظاهرة على الارادة الباطنـــة 303

الفصل الثانى

الصرائح والكنايات

المبحث الأول : الصرائح

الفرع الأول : مفهوم التعبير الصريح

(٣٠٨) تعريفه (٣٠٩) خصائصه (٣١٠) دور العرف فى صراحة الصيغ (٣١١) صـــفته المميزة (٣١٢) أساس هذه الصفة (٢١٣) الصريح والعلة (٣١٤) حـــدود صـــفته المميزة 312

الفرع الثانى : المتمحضات للحال أو الاستقبال

المطلب الأول : المتمحضات للحال

§ ١ — المتمحضات للحال المجمع عليها

(٣١٨) صيغة الماضى (٣٢٠) التعليل النقلى (٣٢١) التعليل الفنى (٣٢٢) الاعتراض على

صفحه

التعليل النقلى (٣٢٣) دور العرف فى صراحة الصيغ (٣٢٥) صيغة المضارع المقرونة ب « الان » أو بقرينة عرفية (٣٣٣) صيغة « خذ المبيع ، هات الثمن » (٣٣٤) الامر فى النكاح والخلع والطلاق على مال (٣٣٥) الامر فى الكفالة والهبة والابراء (٣٣٧) بعض الجمل الاسمية 335

§ ٢ — المتمحضات للحال الخلافية

(٣٤٠) صيغة الامر فى الاقالة (٣٤١) صيغة الامر فى التعاقد بين غائبين (٣٤٢) تقدير موقف الاحناف من صيغة الامر 339

المطلب الثانى : المتمحضات للاستقبال

(٣٤٣) المتمحضات للاستقبال نوعان 339

المطلب الثالث : تطور نظرية الإراده الظاهرة فى المتمحضات

(٣٤٦) منحى القاعدة الاولى : محاولة الكمال بن همام (٣٤٧) أدلته (٣٤٨) مصير محاولة الكمال (٣٤٩) منحى القاعدة الثانية 345

المبحث الثانى : الكنايات

الفرع الأول : مفهوم التعبير الكناية

(٣٥١) تعريفها (٣٥٢) مظاهرها (٣٥٣) حكمها (٣٥٤) الوقت الذى يجب أن تقترن فيه النية بالفاظ الكناية (٣٥٥) نطاقها (٣٥٦) اختلاف الفقهاء فى انعقاد النكاح بالكناية (٣٥٧) اختلاف الفقهاء فى كنايات الطلاق (٣٥٨) انقلاب التعبير الكناية الى تعبير صريح (٣٥٩) دور العرف فى تصريح الكنايات (٣٦٠) القرائن والكنايات (٣٦١) القرائن وكنايات التفويض (٣٦٢) القرائن وكنايات الطلاق (٣٦٣) القرائن قاصرة عن تحديد أحد محتملات الطلاق لدى الشافعى ومالك (٣٦٤) قانون الاحوال الشخصية السورى ، أخذ برأى مالك والشافعى (٣٦٥) تطور نظرية الارادة الباطنة فى الكنايات 358

الفرع الثانى : المحتملات للحال والاستقبال

(٣٦٧) نطاقها (٣٦٨) المضارع (٣٦٩) الرأى الموسع (٣٧٠) مسوغات التعويل على النية فى صيغة المضارع (٣٧١) الرأى المضيق (٣٧٢) رأى البابرتى (٣٧٣) الامر (٣٧٤) بعض الصيغ الاسمية (٣٧٥) التوسع فى اعتبار المضارع الارتياب باليمين كوسيلة لاثبات النية 369

الفصل الثالث

النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة

المبحث الأول : حالات الخلاف بين التعبير والإرادة

الفرع الأول : حالات انعدام الإرادة

(٣٧٩) انعدام التمييز الحقيقى : الصبى ، المجنون . انعدام التمييز الحكمى : النائم ،

صفحه
المغمى عليه (٣٨٠) السكران (٣٨١) تصرفات السكران فى القانون المدنى وقانون الاحوال الشخصية السورى 373

الفرع الثانى : الاختلاف المقصود بين التعبير والإرادة

المطلب الأول : التعبير الحكائى

(٣٨٤) الملقن (٣٨٥) حالة التعليم والتعلم (٣٨٦) حالة التمثيل المسرحى (٣٨٧) مسوغات الاعتداد بالارادة الحقيقية فى التعبير الحكائى (٣٨٨) دور علم الموجه اليه التعبير بعدم جدية التعبير الحكائى 377

المطلب الثانى : التحفظ الذهنى

(٣٩٠) التحفظ الذهنى فى نطاق الحكم القضائى (٣٩١) التحفظ الذهنى فى نطاق الحكم الديانى (٣٩٢) دور الحكم الديانى التلطيفى (٣٩٣) اثر علم الموجه اليه التعبير بالتحفظ (٣٩٥) التحفظ الذهنى فى القانون المدنى السورى 383

المطلب الثالث : الصورية

§ ١ — معلومات أولية

(٣٩٦) تعريفها (٣٩٧) الصورية المشروعة والصورية غير المشروعة (٣٩٨) الصورية النسبية والصورية المطلقة 384

§ ٢ — الصورية فى التقنين المدنى السورى

(٤٠٠) موقف التشريعات من الصورية (٤٠١) الحل الاول : سريان العقد الظاهر فى حق المتعاقدين والغير (٤٠٢) الحل الثانى : سريان العقد الحقيقى فى حق المتعاقدين والغير (٤٠٣) الحل الثالث : سريان العقد الحقيقى فى حق المتعاقدين والعقد الظاهر فى حق الغير اعتداد المشرع السورى بالحل الاخير 387

§ ٣ — الصورية فى الفقة الإسلامى

(ا) الصورية فى الإنشاءات

أولا : الصورية فى التصرفات غير القابلة للفسخ

(٤٠٦) أنواعها (٤٠٧) نظرية الارادة الظاهرة (٤٠٨) الدليل النقلى (٤٠٩) الاعتبارات الفنية (٤١٠) جلية الآثار (٤١١) صعوبة اثبات الارادة الباطنة (٤١٢) قياس صورية النكاح على شريطة رفع موجبه (٤١٣) الاعتبارات المصلحية : صلة هذه التصرفات بالنظام العام وتشوف الشارع الى تشجيعها (٤١٤) تقدير نظرية الارادة الظاهرة (٤١٥) نظرية الارادة الباطنة 394

صفحه

ثانياً : الصورية فى التصرفات القابلة للفسخ

(٤١٧) الصورية المطلقة (٤١٩) جزاء الخلاف بين التعبير والارادة (٤٢٠) نظرية الارادة الظاهرة (٤٢٤) نظرية الارادة الباطنة (٤٢٥) نظرية الفساد (٤٢٦) تعليل فساد العقد الصورى لدى الاحناف (٤٢٧) آثار العقد الصورى الفاسد (٤٢٨) الاعتراض على الرأى القائل ان العقد الصورى باطل (٤٢٩) رأينا أن العقد الصورى موقوف (٤٣٠) الموازنة بين العقد الصورى والعقد الفاسد (٤٣١) نقط الالتقاء بين العقد الصورى والعقد الموقوف (٤٣٢) بروز صفة التوقف فى عقد الهازل (٤٣٣) الصورية النسبية (٤٣٤) الصورية بطريق التستر (٤٣٥) الصورية بطريق التستر الجزئى (٤٣٦) الصورية بطريق الاسم المستعار 416

(ب) الصورية فى الإخبارات

(٤٣٧) الاقرار الصورى باطل 417

الفرع الثالث : الاختلاف غير المقصود بين التعبير والإرادة

المطلب الأول : الغلط فى التعبير

§ ١ — معلومات أولية

(٤٤٠) تعريفه (٤٤١) أمثلته (٤٤٢) تسميته (٤٤٣) الغلط فى التعبير والغلط الدافع 421

§ ٢ — جزاء الخلاف بين التعبير والإرادة

(١) نظرية الإرادة الظاهرة

(٤٤٦) البلوغ قرينة على الاختيار (٤٤٧) البلوغ قرينة تقبل الدليل العكسى (٤٤٨) جزاء الغلط فى التصرفات غير القابلة للفسخ (٤٤٩) دور الحكم الديانى التلطيفى (٤٥٠) جزاء الغلط فى التصرفات القابلة للفسخ (٤٥١) الحالة الاولى : العاقد الاخر لم يصدق الخاطىء : العقد باطل (٤٥٢) العاقد الآخر صدق الخاطىء (٤٥٣) قياس عقد الخاطىء على عقد المكره (٤٥٤) قياس عقد الخاطىء على عقد الهازل (٤٥٥) بطلان عقد الخاطىء (٤٥٦) تقدير نظرية الارادة الظاهرة 436

(ب) نظرية الإرادة الباطنة

(٤٥٧) المذهب الشافعى ، الحنبلى ، ابن حزم 437

المطلب الثانى : عيوب الإرادة

(٤٥٨) الموازنة بين حالة العيوب وحالة الغلط فى التعبير (٤٥٩) عناية الفقه الاسلامى بعيب الاكراه (٤٦٠) اختلاف المذاهب الفقهية فى مؤيدات العيوب 441

المبحث الثانى : النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة

الفرع الأول : عوامل تنوع الجزاء

المطلب الأول : التفرقة بين الرضا والاختيار فى المذهب الحنفى

(٤٦٤) تطابق هذه التفرقة مع التفرقة بين ارادة التعبير واردة الاثر (٤٦٥) ارادة التعبير اخص من ارادة الاثر (٤٦٦) ثمرة التمييز بين ارادة التعبير واردة الاثر : نظرية الفساد (٤٦٧) التمييز بين التصرفات القابلة للفسخ والغير قابلة للفسخ (٤٦٨) جوهرية التعبير فى التصرف القانونى (٤٦٩) الاعتراض على التفرقة بين الرضا والاختيار (٤٧٠) تقدير التفرقة بين الرضا والاختيار 450

المطلب الثانى : نظرية الجملية فى المذهب الشافعى وتنوع الجزاء

(٤٧١) تقيد المذهب الشافعى بنظرية الجملية (٤٧٢) نتائج هذا التقيد (٤٧٣) ادغام الرضا بالاختيار (٤٧٤) الغاء محطة الفساد (٤٧٥) صحة التصرفات الصورية وبطلان التصرفات المشوبة بالاكراه (٤٧٦) بطلان التصرفات غير القابلة للفسخ المشوبة بالاكراه أوالغلط فى التعبير 455

المطلب الثالث : مبدأ سلطان الإرادة فى المذهبين الحنبلى والمالكى

(٤٧٧) المذهب الحنبلى : لابد من ارادتين : ارادة التعبير وارادة الاثر (٤٨٠) نتائج هذا المبدأ : بطلان العقود المشوبة بالصورية ، والغلط فى التعبير ، والتردد بين بطلان عقد المكره وعدم لزومه (٤٨١) المذهب المالكى : ثمرة انتصاره للرضائية : بطلان العقود الصورية ، والعقود المشوبة بغلط فى التعبير 460

الفرع الثانى : النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة

(٤٨٤) الرأى الاول : الفقه الاسلامى موضوعى النزعة (٤٨٥) الرأى الثانى : الفقه الاسلامى ذاتى النزعة (٤٨٦) نزعة ابن القيم (٤٨٧) موقفنا من هذين الرأيين (٤٨٨) انتساب الفقه الاسلامى لنظرية الارادة الظاهرة (٤٨٩) ملطفات الاخذ بالارادة الظاهرة 466

الباب الرابع

نظرية السبب فى الفقه الإسلامى

الفصل الأول

نظرية السبب فى الفقه الغربى

المبحث الأول : نظرية السبب فى الفقه اللاتينى الحديث

(٤٩٢) أنواع السبب 470

الفرع الأول : السبب الفنى

(٤٩٣) السبب والارادة (٤٩٤) السبب والشكل (٤٩٥) السبب والرضا (٤٩٦) السبب

صفحه

الفنى فى طوائف العقود المختلفة (٤٩٧) شروطه (٤٩٨) دور السبب الفنى فى تكوين العقد
(٤٩٩) دور السبب الفنى فى تنفيذ العقد 474

الفرع الثانى : السبب المصلحى

(٥٠٠) اساس السبب المصلحى (٥٠١) شروطه (٥٠٢) الخلاصة 477

المبحث الثانى : النظرية الإيطالية فى السبب

(٥٠٣) السبب هو وظيفة التصرف القانونى (٥٠٤) وظيفة السبب (٥٠٥) تمييز السبب
عن الباعث (٥٠٦) وظيفة التصرف القانونى (٥٠٧) وجوه الشبه والخلاف بين النظريتين
الايطالية والفرنسية (٥٠٨) تقدير هذه النظرية 480

المبحث الثالث : السبب فى القانون المدنى الألمانى

(٥٠٩) السبب هو جزء من التعبير عن الارادة 481

الفصل الثانى

نظرية السبب فى الفقه الإسلامى

المبحث الأول : السبب الفنى

(٥١١) الصيغة هى الركن الوحيد (٥١٢) الشكليات المهذبة ـ نظرية وحدة العقد ، نظرية
اللفظية ، نظرية مجلس العقد ـ وتخلف السبب 483

الفرع الأول : دور السبب الفنى فى تكوين العقد

(٥١٤) حلول الفقه الاسلامى (٥١٥) مقارنة الحلول (٥١٦) لكل فقه صناعته الخاصة
(٥١٧) السبب هو المقصد الاصلى للعقد 491

الفرع الثانى : دور السبب فى تنفيذ العقد

(٥١٩) اساس الامتناع المشروع عن الوفاء (٥٢٢) أساس حق الفسخ (٥٢٤) أساس
تحمل التبعة 497

الفرع الثالث : نظرية المقصد الأصلى

(٥٢٦) التقريب بين النظرية الايطالية فى السبب ونظرية السبب فى الفقه الاسلامى
(٥٢٧) تعريف المقصد الاصلى (٥٢٨) خصائص المقصد الاصلى (٥٢٩) تحديده لنوع
التصرف (٥٣٠) تمثيله لوظيفة التصرف (٥٣١) المقصد الاصلى للعقد وحكمه وموضوعه
(٥٣٢) تمييز المقصد الاصلى عن محل العقد (٥٣٣) ارتباط المقصد بالمحل (٥٣٤) المقصد
الاصلى والسبب الفنى التقليدى (٥٣٥) المقصد الاصلى والسبب المصلحى (٥٣٦) المقصد
الاصلى والحكمة (٥٣٧) المقصد الاصلى وارادة الشارع (٥٣٨) دور المقصد الاصلى كوسيلة
فنية : المقصد الاصلى للعقد ومقاصده التابعة (٥٣٩) ثمرة التمييز بينهما (٥٤٠) المقصد
الاصلى هو أساس التزام المتعاقدين (٥٤٣) المقصد الاصلى هو الموضوع لحماية
الشارع للتصرف 513

صفحه

المبحث الثانى : السبب المصلحى

الفرع الأول : النظرية الموضوعية فى السبب المصلحى

(٥٤٨) يعتد بالسبب المصلحى اذا كان فى صلب التعبير عن الارادة (٥٤٩) الحالة الاولى : السبب المصلحى مذكور فى صلب التعبير عن الارادة ، نصوص من الفقهين الشافعى والحنفى. (٥٥٠) الحالة الثانية : السبب المصلحى مستخلص من ملابسات التصرف (٥٥١) بيع العينة (٥٥٢) طلاق الفار (٥٥٤) لا يعتد بالسبب المصلحى اذا لم ينتظمه التعبير عن الارادة 527

الفرع الثانى : النظرية الذاتية فى السبب المصلحى

(٥٥٦) النظرية الذاتية فى المذهب الحنبلى (٥٥٧) دور ابن القيم فى أعمال الباعث غير المشروع (٥٥٨) كيف يتصل العاقد الاخر بالباعث غير المشروع (٥٥٩) النظرية الذاتية فى المذهب المالكى (٥٦٠) النظرية الذاتية فى السبب المصلحى ومبدأ سد الذرائع (٥٦١) مبدأ سد الذرائع : معناه (٥٦٢) أدلته (٥٦٣) أنواع الوسائل بالنسبة الى نتائجها (٥٦٤) تقسيم ابن القيم (٥٦٥) تقسيم الشاطبى (٥٦٦) التلازم بين الاعتداد بالسبب المصلحى وسد الذرائع (٥٦٧) مدى هذا التلازم (٥٦٨) وحدة الغاية (٥٦٩) اختلاف الوسيلة 543

القسم الثانى

دور التعبير عن الإرادة فى تحديد آثار التصرف القانونى

تمهيد

(٥٧٠) التمييز بين حكم العقد وحقوقه: التمييز بين حقوق العقد الاصلية وحقوقه المكتسبة (٥٧١) ثمرة التمييز بين حكم العقد وحقوقه (٥٧٢) ثمرة التمييز بين حقوق العقد الاصلية وحقوقه المكتسبة 550

الفصل الأول

التفسير

المبحث الأول : التفسير فى القانون المدنى السورى

(٥٧٥) معنيا التفسير (٥٧٦) تفسير العقد وتحديد نطاقه وتكييفه (٥٧٧) النظرية التقليدية فى التفسير (٥٧٨) النظرية المادية فى التفسير (٥٧٩) التفسير فى القانون المدنى السورى .. 553

المبحث الثانى : التفسير فى الفقه الإسلامى

(٥٨٠) الاعتداد بالارادة الظاهرة (٥٨١) مؤدى المادة ٣ من المجلة ، تعارض قاعدة « العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى » مع قاعدة « المعتبر فى أمور العباد الاسم واللفظ » وقاعدة « انما يحرم ويحلل الكلام » (٥٨٢) التفسير بالمعنى الضيق (٥٨٣) التفسير بالمعنى الواسع (٥٨٥) التفسير الحرفى (٥٨٦) نفى التفسير الحرفى (٥٨٧) تقدير التفسير الحرفى 565

صفحه

الفصل الثانى

شرعية آثار التصرف القانونى

المبحث الأول : شرعية الآثار ونظرية التعبير

(٥٨٨) القانون هو الذى يحدد الاثر (٥٨٩) ارادة التعبير واردة الاثر (٥٩٠) اساس شرعية الآثار (٥٩١) نظرية التعبير ومبدأ سلطان الارادة (٥٩٢) نفى التعارض بينهما (٥٩٣) اثبات التعارض بينهما (٥٩٤) نتائج ترتيب القانون الاثار (٥٩٥) تقدير هذه النظرية 573

المبحث الثانى : شرعية الآثار فى الفقه الإسلامى

(٥٩٩) مفهوم جعلية الآثار (٦٠٠) الجعلية بالمعنى الواسع (٦٠١) الجعلية بالمعنى الضيق (٦٠٢) دليل الجعلية (٦٠٣) اجماع الفقهاء على جعلية الاثار (٦٠٤) اساس الجعلية (٦٠٥) الجعلية ومبدأ سلطان الارادة (٦٠٦) تقدير الجعلية بالمعنى الواسع: نسبيتها (٦٠٧) الجعلية والنظام العام (٦٠٩) الجعلية وعقد النكاح (٦١٠) تقدير الجعلية بالمعنى الضيق (٦١١) الجعلية وانتقال الملكية بمجرد العقد (٦١٢) الجعلية ونظرية السبب (٦١٣) الجعلية وتفسير ظاهرة النيابة 592

الفصل الثالث

القوة الملزمة للعقد

(٦١٤) القوة الملزمة للعقد فى القانون المدنى السورى (٦١٥) حدودها (٦١٦) القوة الملزمة للعقد فى الفقه الاسلامى (٦١٧) الموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى (٦١٨) الفسخ وقبوة العقد الملزمة 598

الملحق رقم (١)

شرط السماع فى الايجاب والقبول

فى التعاقد بين حاضرين فى المذهب الحنفى

(عرض وتحقيق)

الرموز والاصطلاحات المستعملة فى الملحق رقم (١) فائدة العرض ٦٠٣ ـ خطة العرض ٦٠٤ .. .. (ص ٦٠٢ ـ ص ٦٠٤)

§ ١ ـ شرط السماع فى الإيجاب والقبول فى عقد البيع

(ا) فهرس مجموعات النصوص ٦٠٥ ـ (ب) فهرس عرض النصوص ٦٠٧ ـ (ج) عرض النصوص الفقهية ٦٠٩ ـ (د) تأصيل شرط السماع ٦٥٦ ـ نظرية ابى الحسن الكرخى : استدلالها ٦٥٧ ـ انصارها ٦٥٨ ـ نظرية ابى جعفر الهندوانى : استدلالها ٦٥٩ ـ انصارها ٦٦١ ـ نظرية بشر بن غياث المريسى ٦٦٢ ـ نظرية شمس الائمة الحلوانى ٦٦٣ ـ موقفنا

من النظريتين ٦٦٤ ـ (هـ) شرط السماع فى عقد البيع : رائد هـذا الشرط ٦٦٥ ـ دور القاضى علاءالدين فى ايجابه ٦٦٦ ـ تطور شرط السماع ٦٦٧ ـ المرتضون لشرط السماع ٦٦٨ ـ أزمة شرط السماع ٦٦٨ ـ تضعيف الشيخ الرحمتى لشرط السماع ٦٦٩ ـ تصحيح ابن عابدين لشرط السماع ٦٧٢ ـ المترددون بين تضعيف شرط السماع وتقويته ٦٧٣ ـ التوفيق بين الاقوال المتعارضة ٦٧٤ ـ تقدير دعوى الاجماع على شرط السماع ٦٧٦ ـ .. .. (ص ٦٠٥ ـ ص ٦٧٨)

§ ٢ ـ شرط السماع فى الايجاب والقبول فى عقد النكاح

فهرس مجموعات النصوص ٦٧٩ ـ فهرس عرض النصوص ٦٨١ ـ عرض النصوص الفقهية ٦٨٢ ـ رائد هذا الشرط ٦٩٩ ـ تطوره ٧٠١ ـ تعليله ٧٠٢ ـ التعليل النقلى ، الاعتراض على التعليل النقلى ٧٠٢ ـ التعليل الفنى ٧٠٣ ـ الاعتراض على التعليل الفنى ٧٠٤ .. .. (ص ٦٧٩ ـ ص ٧٠٤)

الملحق رقم (٢)

ملحوظاتنا على أبحاث السبب فى المؤلفات الحديثة

أولا : النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية للدكتور شفيق شحاته ٧٠٥ ـ ثانيا : النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية للدكتور صبحى المحمصانى ٧٠٥ ـ ثالثا : الاموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى للدكتور محمد يوسف موسى ٧١١ ـ رابعا : المدخل الفقهى العام الى الحقوق المدنية فى البلاد السورية للأستاذ مصطفى الزرقاء ٧١٢ ـ خامسا : نظرية الالتزام العامة ، شرح القانون المدنى السورى للأستاذ مصطفى الزرقاء ٧١٣ ـ سادسا : مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى ٧٢٤ ـ سابعا : الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو للآداب فى القانون المدنى للدكتور عبد الله الجليلى ٧٢٦ .. .. (ص ٧٠٥ ـ ص ٧٣٦)

الملحق رقم (٣)

تقنين من وضعنا (ص ٧٣٧)

المراجع

(١) الفقه الاسلامى اولا: الكتب والمخطوطات القديمة (ا) الفقه الحنفى ٧٤٢ ـ (ب) الفقه الشافعى ٧٥٠ ـ (ج) الفقه المالكى ٧٥٠ ـ (د) الفقه الحنبلى ٧٥١ ـ (هـ) المذاهب الاخرى ٧٥٢ ـ (و) أصول الفقه ٧٥٣ ـ (ز) التفسير والحديث ٧٥٤ ـ (ح) الطبقات ٧٥٤ ـ (ط) القواميس العربية ٧٥٤ ـ ثانيا : المؤلفات الحديثة فى الفقه الاسلامى ٧٥٤ ـ التقنينات وشروحها ٧٥٧ ـ المراجع غير العربية فى الفقه الاسلامى ٧٥٨ .. .. (ص ٧٤٢ ـ ص ٧٥٨)
(٢) مراجع القانون المدنى ٧٥٨ ـ المراجع غير العربية ٧٦٠ .. .. (ص ٧٥٨ ـ ص ٧٦١)